

Sobre el contenido del derecho fundamental a la tutela efectiva

VICTOR MORENO CATENA

Catedrático de Derecho procesal

Aunque resulte tópico, es preciso partir en este análisis de la prohibición de autotutela de los derechos y la correlativa asunción por el Estado del monopolio de la jurisdicción, así como de su nacimiento por causa de un conflicto (1). El Estado, para proveer primariamente a la resolución de los conflictos en el seno de la sociedad, establece unos órganos jurisdiccionales, que sólo pueden actuar —ejercer su potestad jurisdiccional— a instancia de un tercero, que se constituye en actor precisamente al ejercitar la acción; y ello, porque, como dice CALAMANDREI, “el proceso de los pueblos modernos, civil o penal, es esencialmente un **proceso sobre la acción (Klageverfahren)**, es decir, un proceso en el que el órgano jurisdiccional no toma en consideración la realidad social para conocerla o para modificarla en sus aspectos jurídicos, sino en los límites en que se le presenta por quien ejercita la acción” (2).

La perspectiva dualista que se generó a partir de la polémica entre WINDSCHEID y MUTHER, con su significación de marcar la diferencia y el distinto campo de aplicación del derecho material (los derechos subjetivos) y el derecho procesal (el derecho de acción, el **Klagerecht**), condujo inexorablemente a que las primeras formulaciones elaboradas sobre la acción se encaminaran en una orientación señaladamente abstracta, como la de DEGENKOLB y la de PLÓSZ.

Para analizar el concepto de acción es preciso partir de la posibilidad de que existan lo que podríamos llamar tres derechos en círculos concéntricos, es decir, derechos que comprenderían ámbitos sucesivamente más amplios: el derecho a la jurisdicción, o libre acceso a los tribunales (3), la **Justizgewährungsanspruch**, o resumidamente **Justizanspruch** (4); el derecho a una sentencia de fondo, y, por último, el derecho a una sentencia de fondo de contenido concreto, o sentencia favorable, que presupondría naturalmente a los dos aludidos como existentes también (5).

De esta manera conviene comenzar indagando acerca de la existencia del derecho a una sentencia de contenido concreto, que en tal caso se habría de hacer coincidir con el concepto de acción que de este modo comprendería también naturalmente tanto al derecho a una sentencia de fondo, como el derecho a la jurisdicción, que constituye un círculo obviamente más reducido.

¿Reconoce el ordenamiento jurídico un derecho a que el juez dicte una sentencia favorable al actor, una sentencia de contenido concreto? Los partidarios de una orientación o de un concepto concreto de acción se pronuncian por una solución afirmativa al interrogante (6): el derecho objetivo concede al accionante un derecho subjetivo de naturaleza pública para

obtener una sentencia de contenido concreto; es decir, el comprador que ha pagado el precio tiene un verdadero y propio derecho a la entrega de la cosa —derecho subjetivo material—, pero además le asiste un derecho subjetivo público a que se dicte por los órganos jurisdiccionales del Estado una sentencia que condene al vendedor a esa entrega —acción—.

Sin negar la incontestable realidad de la vida del Derecho, de relaciones **jurídicas** fuera del marco judicial —no es sólo Derecho lo que los jueces dicen en sus sentencias; el derecho no surge de la sentencia judicial—; es más, partiendo de esta premisa, el juez —acorde con el derecho objetivo— va a reconocer en la sentencia un derecho subjetivo como preexistente al proceso, anterior e independiente del mismo en favor de aquel comprador que pagó el precio y no ha recibido la cosa. Pero de ahí a decir que al comprador le asista un derecho subjetivo público, no ya a que se dicte una sentencia resolviendo el conflicto, sino la sentencia de condena del vendedor, hay un paso cualitativo importante que me resisto a dar. En primer lugar porque se estarían reconociendo una duplicidad de derechos en el momento de la sentencia que no tiene excesiva justificación, según se dirá luego. Pero es que, además, el órgano jurisdiccional condenará al vendedor —en su caso, después de seguir todo el proceso— no exactamente porque el comprador tenga

derecho a que se le condene, sino porque a este comprador se le reconoce el derecho a la entrega: habiendo alegado el actor el incumplimiento de la obligación por parte del demandado, habiéndose seguido el proceso y acreditado el hecho, el juez entiende que asiste al comprador el derecho subjetivo material reconocido por el art. 1445 del Código civil. No es por tanto un derecho a la sentencia favorable (**Recht auf günstige Sachentscheidung**), sino una consecuencia inmediata y directa del puro derecho subjetivo material, desde el momento en que el Estado prohíbe la autotutela —prohíbe al comprador tomar por su mano la cosa— y ha de arbitrar la constitución de unos órganos propios, encargados en tal caso de juzgar y declarar la existencia previa de tal derecho, extendiéndose su potestad a la satisfacción práctica del derecho declarado, coactivamente incluso.

Si se quiere configurar la acción como derecho de carácter procesal no conviene a mi parecer dar el “salto hacia adelante” y colocarse en la sentencia, desdiciendo el desarrollo del proceso, aún a los solos efectos que aquí interesan, porque se produce entonces la desconexión entre el proceso en que la acción se ventila y la acción misma. El punto de unión se busca entonces en la mera afirmación de la acción; siguiendo con el ejemplo, la afirmación del comprador de su derecho a la entrega de la cosa engendraría el derecho al proceso.

El problema radica entonces en que desde luego el derecho a la sentencia que otorgue una tutela de contenido concreto no podría surgir sino en la propia sentencia o, si se prefiere, tras haberse seguido el proceso. En efecto, entre los elementos que se requerirían para tener derecho a una sentencia favorable —ciertamente el **punctus dolens** de la teoría concreta, como reconoce paladinamente DE LA OLIVA— enumera este autor, además de la accionabilidad y la legitimación pasiva, el de la legitimación activa y la existencia de

la **causa petendi** (7), que viene a ser la apoyatura de la pretensión en cuanto fundada en unos hechos concretos subsumibles en normas jurídicas que protegen precisamente al actor (8). Pues bien, aun contando con la existencia y realidad (extraprocesal) de tales elementos, la sentencia favorable —a la que el actor tendría derecho según la teoría concreta— puede no llegar a producirse. La razón es obvia: la existencia de la **causa petendi**, como de los demás elementos anteriormente expuestos, ha de constar procesalmente, y si no fuera así la sentencia que se dictara no podría ser favorable al actor. Así pues el problema se difiere en todo caso al momento de la sentencia, que será favorable siempre que tales presupuestos se hayan acreditado, y naturalmente se haya seguido el proceso ante un órgano con potestad jurisdiccional y competencia para resolver ese caso.

En razón de las consideraciones expuestas, el pretendido derecho a la sentencia favorable sólo se puede reconocer —aún admitiendo que existiera desde antes— al mismo tiempo que el derecho subjetivo material hecho valer —que preexistía al proceso—; de este modo resultaría que el juez al dictar sentencia se pronuncia sobre el derecho subjetivo material y además sobre el derecho al dictado de esa misma sentencia. En tal caso, resulta evidente que este derecho se consumiría allí mismo, con lo que la duplicidad, a mi juicio innecesaria, en esta construcción doctrinal, lleva a su rechazo.

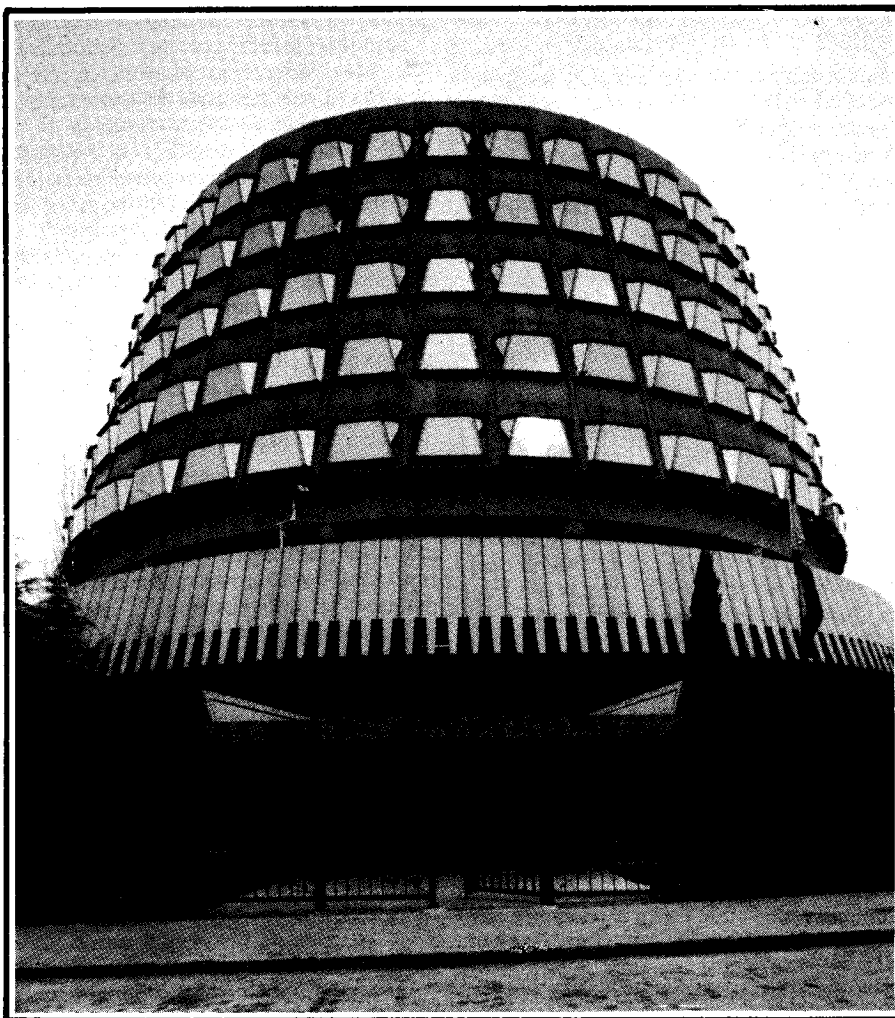
En realidad la teoría concreta de la acción como derecho a obtener una sentencia de contenido concreto —el equivalente a la **Rechtsschutzanspruch** de WACH, elaborada luego por HELLWIG, y R, SCHMIDT— encuentra últimamente pocos seguidores en Alemania, a pesar de haberse producido un leve resurgimiento (9). Incluso algunos que la reconocen explícitamente, entienden ínfima su importancia práctica (10), y los más rechazan este concepto de una manera rotunda (11). Pero quizás en la obra en que con más insistencia se argumenta contra esta teoría es en la de ROSENBERG-SCHWAB (12), que en este punto comienza tachando al concepto de **Rechtsschutzanspruch** de improductivo y que es preciso rechazar; las razones que se esgrimen esencialmente son que no es identificable con el objeto del proceso, que los presupuestos de la pretensión de tutela jurídica coinciden con los del proceso en general, y finalmente que no es indispensable como vínculo entre el derecho material y el proceso. Pero como primera objeción y causa de desacuerdo con los partidarios de la **Rechtsschutzanspruch** se señala que no es una pretensión coercible. Según los modernos defensores de esta teoría, se dice, la pretensión de tutela jurídica se dirige contra el Estado; pero tal opinión no es exacta. Si uno se pregunta quién puede y debe satisfacer el derecho a que se dicte una sentencia favorable, ha de responderse que el ór-

gano jurisdiccional, desde luego como órgano del Estado; por otra parte es el adversario quien está obligado a la satisfacción de la pretensión y capacitado para ello, de donde se sigue que ha de considerarse al órgano jurisdiccional como el adversario de la pretensión de tutela jurídica: ningún otro órgano puede decidir sobre ella ni satisfacerla. Ahora bien, si sólo el contrario de la pretensión y únicamente él puede decidir sobre ella, resulta que no existe una instancia independiente de ambos contendientes llamada a decidir sobre dicha pretensión; tampoco los órganos superiores que conocen de los recursos son una instancia independiente por cuanto la **Rechtsschutzanspruch** se dirige también contra ellos y los convierte en opositores a la pretensión. De aquí se deduce que la pretensión de tutela jurídica no es coercible, pues la coercibilidad supone que el adversario puede ser compelido a satisfacerla a través de una instancia independiente.

Realmente no es descabellada la idea tampoco en nuestro ordenamiento jurídico, y desde luego ha de estarse de acuerdo con la incoercibilidad, de la misma manera que lo están los partidarios de la **Rechtsschutzanspruch**, llegándose a considerar como una “**heuristische Hypothese**” (13).

¿De qué tipo sería entonces la obligación correlativa al pretendido derecho subjetivo público a la sentencia de contenido concreto? ¿Una obligación incoercible? ¿Y la coercibilidad del Derecho? Realmente la vía lógica de estudio llegados a este punto ha de encontrarse en la Constitución y en el establecimiento del Tribunal Constitucional como custodio y garantizador en segundo grado de los derechos fundamentales de la persona, a través del recurso de amparo, y muy particularmente en el examen del art. 24.1 del texto constitucional. A pesar de que pudiera parecer que el citado precepto reconoce a todas las personas como derecho fundamental el de obtener una sentencia de contenido concreto (14), derecho que contaría entonces con una instancia independiente ante la que hacerlo valer —el Tribunal Constitucional—, que habría de imponer a los jueces y tribunales el cumplimiento coactivo de la obligación subsiguiente, ello no resulta más que una ilusión, propiciada por la defectuosa redacción de esta norma. Lo contrario se impone de forma clara por el propio juego de los preceptos constitucionales, las normas de Ley orgánica del Tribunal Constitucional y la doctrina que, en lógica coherencia con todo ello, el intérprete supremo de la Constitución ha venido sentando.

La cuestión debe ventilarse teniendo presente el difícil punto de inflexión de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y los órganos de la jurisdicción ordinaria que están llamados por el art. 117 de la Constitución a administrar justicia de modo exclusivo, habiéndose de salvaguardar por tanto su independencia.



El Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la Constitución.

Este deslinde de las áreas de actuación de ambas jurisdicciones aparece como una de las cuestiones más delicadas y necesarias de resolver para lograr un equilibrio constitucional armónico y estable entre los tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional; porque si al tutelar los derechos fundamentales se posibilitara la irrupción del órgano superior en materia de garantías constitucionales en campos reservados al ejercicio de las funciones judiciales, se mermaría la independencia de éstos (15).

Por tal razón el art. 44.1.b) de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional exige como requisito para el amparo contra actos u omisiones de los órganos judiciales que la violación sea imputable de modo inmediato y directo a ellos, pero “con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional” (16). De su parte, el art. 54 del mismo texto legal viene a establecer otra prohibición de interferencia, expresando que la Sala “limitará su función a concretar si se han violado los derechos o libertades y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales” (17).

En esta misma línea, reconoce GONZÁLEZ MONTES —partidario de la orientación concreta de la acción— que no ve claro que el art. 24 de la Constitución se haya inclinado por la tesis concreta: “si así fuera, difícilmente el Tribunal Constitucional podría conocer por vía de recur-

so de amparo de una supuesta infracción del derecho a la tutela jurisdiccional en sentido concreto, ya que esto obligaría a dicho Tribunal a entrar en el enjuiciamiento de los hechos una vez agotada la vía jurisdiccional ordinaria, y esto lo tiene vedado dicho Tribunal por su propia Ley Orgánica” (18).

El artículo 24.1 de la Constitución española dispone: “Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión” (19). Esto ha supuesto, como escribe ALBACAR, un cambio radical en este campo —sobre todo en el orden civil—, porque se ha producido la “elevación de lo que hasta ahora estaba relegado a simple expectativa, al rango de derecho fundamental” (20). Sin duda la doctrina del Tribunal Constitucional en la aplicación y salvaguarda de este derecho fundamental resulta imprescindible, habida cuenta de que aparece calificado en su propia Ley Orgánica de intérprete supremo de la Constitución (art. 1.1).

En relación con el tema que ocupa ahora la atención es preciso significar que la jurisdicción constitucional española en ningún caso ha considerado que el art. 24.1 del texto fundamental consagrara un derecho de acción en sentido concreto, ni lo ha reconocido nunca. Antes al contrario, la sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de marzo de 1981 señala que el derecho a la tutela efectiva “no comprende —obviamente— el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones que se formulan, sino el derecho a que se dicte una resolución en Derecho, siempre que se cumplan los requisitos procesales para ello”; dicha resolución podrá ser favorable o adversa, satisfaciéndose en ambos casos el derecho del art. 24. 1. La sentencia del mismo Tribunal de 8 de junio de 1981 apunta por su parte que el citado precepto “reconoce el derecho de todos a la jurisdicción, es decir, a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas, en el bien entendido que esa decisión no tiene por qué ser favorable a las pretensiones del actor, y aunque normalmente recaiga sobre el fondo, puede ocurrir que no entre en él por diversas razones. Entre ellas se encuentra que el órgano judicial instado no se considere competente. Ello supone que el artículo 24.1 ni puede interpretarse como un derecho incondicional a la prestación jurisdiccional, sino como un derecho a obtenerla siempre que se ejerza por las vías procesales legalmente establecidas, tal y como declaran los Autos de 30 de octubre de 1980 y 18 de febrero de 1981” (21).

En razón de lo expuesto parece oportuno pues mostrar la disconformidad con la teoría concreta de la acción: la acción como derecho a obtener una sentencia de contenido concreto, que otorgue una tu-

tela favorable al actor; y ello, a partir de la consideración de una duplicidad de derechos que se reputa innecesaria, y singularmente a causa de la incoercibilidad de este pretendido derecho; en efecto, el Tribunal Constitucional declara en su sentencia de 12 de mayo de 1982 que el derecho del artículo 24 de la Constitución, "derecho al debido proceso legal, no atribuye, como este Tribunal ha tenido ocasión de decir ya en un gran número de ocasiones, el derecho a obtener la satisfacción de la pretensión sustantiva o de fondo que en el proceso se deduce..., ya que lo que la Constitución garantiza a todos los ciudadanos es el proceso y las garantías procesales constitucionalizadas".

Hay que pasar entonces al círculo siguiente, de dimensiones más reducidas, habiéndose de plantear la cuestión en estos términos: si no existe un derecho subjetivo público a obtener una sentencia favorable, ¿existe al menos un derecho a obtener una sentencia de fondo con independencia de cuál sea su contenido, favorable o desfavorable para el actor?

Antes de responder a tal interrogante es preciso afirmar que no cabe duda racional de que —ahora ya situados en una orientación necesariamente abstracta del concepto de acción— se reconoce constitucionalmente el derecho de todas las personas de poner en marcha el aparato judicial, a excitar la actividad jurisdiccional del Estado (22), o, de modo más sintético, derecho a la jurisdicción. De ello no dudan tampoco los partidarios de la orientación concreta, pero al ser su concepto más amplio, más comprensivo, entienden que este derecho estaría englobado en el derecho a obtener una sentencia de contenido concreto, dan por supuesta su existencia y no se detienen en su estudio. Aún cuando no exista un reconocimiento explícito y nominal de este derecho en nuestro texto constitucional, no ha habido, según se ha dicho, vacilación alguna por parte de la doctrina cien-

tífica ni en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto (23).

No podía ser otra la solución si se tiene presente el juego del art. 10.2 de la Constitución, que invoca los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales y libertades ratificados por España para la interpretación de las normas constitucionales al respecto.

En tal orden de consideraciones interesa destacar la concepción del "libre acceso" desarrollada por ALMAGRO, teniendo en cuenta que su fin no puede ser otro que "la obtención de un pronunciamiento judicial, y en último extremo, de una sentencia. Supone un poder de provocar y mantener la actividad jurisdiccional, y esta actividad ha de desarrollarse por el cauce del proceso, para resolver, no problemas abstractos, sino cuestiones contenidas en la pretensión" (24). Este concepto podría equipararse perfectamente con la *Justizgewährungsanspruch*, que, según expresa WOLF, concede al ciudadano el derecho a que el órgano jurisdiccional se ocupe de su *Klage*, la examine debidamente en un tiempo razonable y dicte sentencia, cualquiera que sea su contenido (25).

Tras lo expuesto es preciso retomar la interrogante planteada, de la que se ha hecho cuestión también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sin entrar en ella; ¿existe un derecho a obtener una sentencia de fondo, sea cual fuere su contenido? (26). Téngase en cuenta que caso de una respuesta afirmativa la acción habría de definirse como el derecho subjetivo público al proceso jurisdiccional que, siguiéndose por todos sus trámites, dé lugar a la resolución sobre el fondo del asunto cuando concurren los presupuestos procesales exigidos, particularmente la jurisdicción y competencia en el órgano del Estado y la capacidad y legitimación de las partes procesales.

Pero, en realidad, lo que reitera con profusión el Tribunal Constitucional es que "la tutela efectiva supone que los recurrentes sean oídos y tengan derecho a una decisión fundada en derecho, ya sea favorable o adversa" (27). Si esto fuera simple y realmente así, resultaría que la interpretación del Tribunal Constitucional viene a dejar reducido el derecho del art. 24.1 de la Constitución al simple derecho de acceso a los tribunales que, con ser un avance importante, no aparece como suficiente dado el marco normativo donde se integra. No han faltado quienes, en efecto, postulan la improcedencia de acoger en un sentido amplio el derecho del art. 24.1 de la Constitución, de modo que pudiera "englobar como pretensiones de amparo residenciables ante el Tribunal Constitucional cuestiones tales como la denegación de examen del fondo por falta de legitimación activa" (28). Sin embargo la dirección contraria parece haberse abierto camino definitivamente.

Así es: el Tribunal Constitucional va más allá del simple derecho de acceso a los

tribunales afirmando en su sentencia de 7 de junio de 1982 que el derecho a la tutela efectiva consagrado en la norma constitucional **garantiza la obtención de una resolución de fondo** fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, **si concurren todos los requisitos procesales** para ello. Más no sólo, sino que cercando el problema y profundizando en esta línea vendrá a decir en la sentencia de 16 de junio de 1982 que "la tutela jurisdiccional resulta otorgada con plena eficacia, cuando la decisión consiste en negar, **de forma no arbitraria o irrazonable**, la concurrencia de un presupuesto procesal necesario para conocer del fondo del proceso" (29).

Existe en consecuencia un derecho —reconocido por el Tribunal Constitucional en la inteligencia del art. 24.1 de la Constitución— a que se dicte una sentencia de fondo por los órganos jurisdiccionales ordinarios; tal derecho aparece ciertamente difuminado en sus contornos, pero resulta desde luego coercible ante una instancia independiente —el Tribunal Constitucional— en todos los casos en que no resulte satisfecho, o se niegue de forma irrazonada o arbitraria.

De la doctrina jurisprudencial hasta ahora expuesta puede colegirse que el Tribunal Constitucional se "conforma" con la exigencia formal de la fundamentación o razonamiento en la sentencia absolutoria de la instancia, o resolución no de fondo que ponga fin a las actuaciones judiciales. Y en efecto, en la sentencia de 11 de octubre de 1982, el Alto Tribunal argumenta que la simple comprobación debe conducir sin más a la desestimación del amparo, "sin entrar a analizar si la causa de inadmisión apreciada por el Tribunal ordinario se dio o no en el proceso correspondiente".

Sin embargo en esta última sentencia el Tribunal Constitucional da un paso hacia adelante de una enorme importancia, al reconocer que cuando el objeto del proceso previo resulta ser "la tutela judicial de los derechos fundamentales y libertades públicas (artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución española y artículo 41.1. de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional)... y la causa de inadmisibilidad sea la falta de legitimación, este Tribunal no puede contraer el examen del caso a la mera comprobación de que hubo una sentencia fundada en Derecho, sino que **ha de entrar a analizar la concurrencia o no de la falta de legitimación**, pues en el supuesto de que ésta hubiera sido incorrectamente apreciada por el Tribunal ordinario quedarían sin protección ni tutela efectiva el derecho o derechos fundamentales en cada caso debatido y su ejercicio quedaría de facto indebidamente restringido".

En estas circunstancias no cabe duda que hay que extender esta argumentación —y que se analice por el Tribunal Constitucional la existencia o no de los presump-

tos procesales que condujeron a un pronunciamiento que no entró en el fondo—, hay que hacerla extensiva, digo, a los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución: a las garantías procesales del “due process of law” —y entre ellas la que exige un pronunciamiento sobre el fondo del asunto—, porque en otro caso los estaríamos haciendo indudablemente “de peor condición” dada su instrumentalidad.

La razón es evidente: todos los derechos fundamentales de carácter no procesal —los que no tocan directamente a las garantías de orden jurisdiccional—, cuando son violados, o cuando se considera que lo han sido por personas u órganos distintos de los órganos jurisdiccionales, encuentran su tutela primigenia en los tribunales ordinarios (30), a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, según se dispone en el art. 53.2 de la Constitución; es decir, la “tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia”, en expresión del art. 41.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional. Además, tendrán acceso al amparo ante el Tribunal Constitucional —una vez que se haya agotado la vía judicial procedente—, cuando la violación se origine “por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes” (arts. 41.2, 42 y 43.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional).

Por el contrario los derechos procesales fundamentales, constitucionalizados esencialmente en el art. 24 del texto fundamental, sólo pueden ser violados directa e inmediatamente por los órganos jurisdiccionales al aplicar la ley (que ésta pueda ser inconstitucional es cuestión diversa, que debería obviarse y resolverse mediante la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad por el juzgador); en consecuencia no cabe exigir el agotamiento de la vía judicial procedente —como lo hace el art. 43.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional en los demás casos—, sencillamente porque la violación tendría su origen en un acto u omisión de un órgano jurisdiccional (art. 44 del mismo texto legal) en el ejercicio de sus funciones, y la reclamación de protección de ese derecho puede llegar al Tribunal Constitucional como primera instancia jurisdiccional. No es óbice para mantener tal afirmación la invocación formal en el proceso del derecho constitucional vulnerado, tan pronto como hubiere lugar para ello, como exige el art. 44.1.c) de la Ley orgánica a que se viene haciendo referencia, por dos razones fundamentales: la primera es que en el proceso ante los tribunales ordinarios no se va a ventilar como objeto esencial la denunciada violación del derecho procesal fundamental, que pasaría a constituir por vez pri-

mera el objeto procesal autónomo del proceso de amparo; la segunda y fundamental es que la invocación formal de la vulneración —que debería llevar al órgano jurisdiccional a reconsiderar desde este prisma su acto u omisión— en el caso concreto del derecho a la sentencia de fondo que aquí se trata puede resultar en muchos casos imposible de realizar, con lo cual, la primera oportunidad que existe para plantear su violación sería en el proceso de amparo constitucional.

No se escapa que tal derecho fundamental exige la concurrencia de los presupuestos procesales y que ésta puede considerarse como una cuestión de hecho en la que no deba entrar el Tribunal Constitucional, pero no hay razón válida entonces para analizar la concurrencia de legitimación, mejor, su, falta, sólo en aquellos procesos que tengan como objeto la protección de derechos fundamentales y libertades públicas de modo específico.

La evolución de la jurisprudencia constitucional, si quiere ser consecuente con sus propios planteamientos —y en adecuación además con lo dispuesto en el art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos (“derecho a un Tribunal que decidirá sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal”)— debe conducir al reconocimiento con todas sus consecuencias no sólo del derecho a la actividad jurisdiccional —con independencia de cuál sea ésta— sino del derecho del proceso, y como su acto de terminación por excelencia, que llena la finalidad por lo menos principal de la actividad jurisdiccional, del derecho a que se dicte resolución de fondo, a que se decida definitivamente el conflicto planteado ante los órganos jurisdiccionales. En esta línea, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 21 julio 1983 señala de modo incontestable: “el contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva es el de obtener una resolución de fondo fundada en De-

recho, salvo que exista alguna causa impeditiva prevista en la Ley, en cuyo caso habrá que determinar si la causa impeditiva afecta o no al contenido esencial del derecho, ya que de acuerdo con el artículo 53.1 de la Constitución el legislador ha de respetar tal contenido esencial”.

En razón de todo lo dicho la acción queda configurada como un derecho fundamental de la persona reconocido constitucionalmente, que goza de una tutela privilegiada mediante el acceso al Tribunal Constitucional por la vía directa del recurso de amparo —como no podría ser de otra manera—, y que se traduce por tanto en el derecho a la tutela judicial efectiva con el contenido expuesto más arriba. ●

NOTAS:

(1) Así también lo formula ALCALA-ZAMORA, *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción*, en *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, tomo I, México, 1974, pág. 337.

(2) *La relatività del concetto d'azione*, ahora en *Opere giuridiche*, tomo I, Napoli, 1965, pág. 431, donde afirma seguidamente con más rotundidad que “una jurisdicción ejercida de oficio, en la que el órgano juzgador procediese por propia iniciativa, sin esperar la solicitud del actor, repugnaría al concepto que modernamente hemos construido de la función del juez, quien, para mantenerse imparcial, debe esperar a ser requerido a impartir justicia a quien la solicita”.

(3) Vid. la construcción de ALMAGRO, *El “libre acceso” como derecho a la jurisdicción*, “Revista de la Facultad de Derecho de Madrid”, núm. 37 (1970), págs. 95-137.

(4) Cfr. esencialmente ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, 13.^a ed., München, 1981, pág. 12; y también WOLF, *Gerichtliches Verfahrensrecht*, (rororo studium), 1978, págs. 14-15.

(5) Véase el planteamiento metodológico de DE LA OLIVA, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Barcelona, 1980.

(6) Entre nosotros, GOMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, vol. I, Madrid, 1976, págs. 227 y sigtes.; DE LA OLIVA, *Sobre conceptos básicos del Derecho procesal*, “Revista de derecho procesal iberoamericana”, 1976, págs. 201 y sigtes. y ahora

Sobre págs. 227 y sigtes.; DE LA OLIVA, *Sobre conceptos básicos del Derecho procesal*, “Revista de derecho procesal iberoamericana”, 1976, págs. 201 y sigtes. y ahora *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, cit., *pasim*; muy recientemente se ha declarado en letra impresa partidario de esta orientación GONZÁLEZ MONTES, *Notas en torno al derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en la Constitución española*, en la obra colectiva *El Poder Judicial*, vol. II, Madrid, 1983, págs. 1484 y sigtes.

(7) Para POHLE, en STEIN-JONAS-POHLE, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 19.^a ed., vol. I. Tübingen, 1972, pag. 18 (Einleitung E. I, 3, b), son elementos de la *Rechtsschutzanspruch* la accionabilidad (*Klagbarkeit*) y la exigencia de protección

jurídica *Rechtsschutzbedürfnis*), concepto equivalente al *Rechtsschutzinteresse*; cfr. sobre ello también POHLE, *Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis*, en *Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag*, München-Berlin, 1957, págs. 195 y sigtes., y ahora, JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, 19.ª Ed., München, 1981, págs. 110 y ss. Para la crítica de los presupuestos cfr. ROSENBERGSCHWAB, *Zivilprozessrecht*, cit., págs. 14-15.

- (8) *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, cit., págs. 46-47.
- (9) De la mano esencialmente de BLOMEYER, *Zivilprozessrecht*, Berlin-Göttingen, 1963, págs. 4 y sigtes.; IDEM, *Der Rechtsschutzanspruch im Zivilprozess*, en *Festschrift für Eduard Böttcher*, Berlin, 1969, p. 61 y sigtes.; MES, *Der Rechtsschutzanspruch*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1970; POHLE *Zum Rechtsschutzanspruch*, en *Studi in onore di Antonio Segni*, vol. IV, Milano 1967, págs. 93 y sigtes.
- (10) Como se reconoce en STEIN-JONAS-POHLE, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, I, cit., p. 20 (Einl. E. I. 3. g.).
- (11) Cfr. doctrina citada en nota 18) de STEIN-JONAS-POHLE, op. cit.; además ARENS, *Zivilprozessrecht*, 2.ª ed. München, 1981, pág. 2; JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, cit. pág. 116; SCHWAB, *Zur Wiederbelebung des Rechtsschutzanspruches*, "Zeit schrift für Zivilprozess" 81 (1968), págs. 412 y ss.; WOLF, *Gerichtliches Verfahrensrecht*, cit. p. 15. Como un derecho material la concibe GOLD-SCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1925, pág. 150.
- (12) *Zivilprozessrecht*, cit., págs. 13-15.
- (13) Como se hace en STEIN-JONAS-SCHUMANN, cit. en ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht* cit., nota 12 pág. 14.
- (14) MONTERO, *Introducción al Derecho Procesal*, 2ª ed. Madrid, 1979, pág. 149, escribe que "nuestros legisladores, ignorándolo, han constitucionalizado la teoría de WACH sobre la acción". Críticas a la redacción del precepto en ALMAGRO, *Poder Judicial y Tribunal de Garantías*, en *Lecturas sobre la Constitución española*, Madrid 1978; también DE LA OLIVA, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, cit. págs. 132 y sigtes.
- (15) En este sentido ALMAGRO, *Justicia Constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Madrid, 1980, pág. 224.
- (16) Cfr. a este propósito, con profundo análisis de la doctrina constitucional, GUAITA, *El recurso de amparo contra tribunales*, "Revista de derecho político", núm. 16 (invierno 1982-1983), págs. 65 a 91.
- (17) En tal sentido cfr. la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de mayo de 1981 en cuyo fundamento jurídico segundo se puede leer que "en los recursos de amparo interpuestos contra supuestas violaciones de derechos fundamentales o libertades públicas derivadas de acciones u omisiones de órganos judiciales sólo le corresponde decidir si existieron o no tales violaciones. Por el contrario, es ajeno a sus funciones (del Tribunal Constitucional) valorar la forma en que los órganos del Poder Judicial... interpretan y aplican las leyes, en tanto no se violen las garantías constitucionales, pues tal interpretación y aplicación, con esa salvedad y la relativa a la jurisdicción militar... está atribuida por la Constitución a los Juzgados y Tribunales ordinarios, según el artículo 117.3".
- (18) *Notas en torno al derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en la Constitución española*, cit., pág. 1483.
- (19) Sobre este precepto cfr. SANCHEZ AGESTA, *El artículo 24 de la Constitución y el recurso de amparo*, en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, vol. III, Madrid, 1981, págs. 2.487 y sigtes.
- (20) *Contenido y alcance del derecho a la tutela jurisdiccional*, en la obra colectiva *El Poder Judicial*, vol. I, Madrid, 1983, pág. 417.
- (21) En el mismo sentido cfr. la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1982: "el artículo 24.1 asegura la tutela efectiva mediante el acceso mismo al proceso".
- (22) Así FAIREN, *La acción, Derecho procesal y Derecho político*, en *Estudios de Derecho procesal*, Madrid, 1955, pág. 75.
- (23) Como muestra véase la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de abril de 1981: La Constitución reconoce el llamado "derecho a la jurisdicción (artículo 24.1.) y además que el proceso se desarrolle con las debidas garantías (artículo 24.2.)".
- (24) *El "libre acceso" como derecho a la jurisdicción*, cit., pág. 98.
- (25) *Gerichtliches Verfahrensrecht*, cit., pág. 15, en el mismo sentido, ARENS, *Zivilprozessrecht*, cit., pág. 2. Sobre el contenido de la *Justizgewährungsanspruch*, cfr. por todos KERN-WOLF, *Gerichtsverfassungsrecht*, 5ª ed., München, 1975, págs. 175 y 176.
- (26) Vid. la sentencia de 21 de febrero de 1975 (caso GOLDER), donde se reconoce la protección y salvaguarda en el Convenio del derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, aunque no aparezca contemplando *nominatim* en el texto, consituyendo el conjunto de garantías del art. 6.1 del derecho a un proceso equitativo. Esta sentencia abre la cuestión del derecho a la sentencia de fondo, al señalar que "el Tribunal no tiene por qué entrar en este caso en la cuestión de hasta qué punto el artículo 6 párrafo 1, exige además una decisión sobre el fondo mismo del litigio" ("determination", "décidera").
- (27) *Ad exemplum* vid. la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1981.
- (28) Entre ellos GARCIA MANZANO, *Las vías judiciales previas al recurso de amparo constitucional*, en *El Tribunal Constitucional*, cit., vol. II, págs. 1.168-1.170.
- (29) Cfr. también la sentencia del propio Tribunal Constitucional de 29 de marzo de 1982, donde se significa que "el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales comprende el de obtener una resolu-

ción... que habrá de ser de fondo... si concurren todos los requisitos procesales para ello. Y que podrá ser de inadmisión, o de desestimación por algún motivo formal, cuando concurra alguna causa de inadmisibilidad y así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonable de la misma".

- (30) Cfr. al respecto GUAITA, *El recurso de amparo contra tribunales*, cit., págs. 65-67.